

De Hoge Raad als Europese rechter: mag het ietsje meer zijn?

Citation for published version (APA):

Smits, J. M., & van Schagen, E. A. G. (2009). De Hoge Raad als Europese rechter: mag het ietsje meer zijn? In A. G. Castermans, I. S. J. Houben, K. J. O. Jansen, & et al. (Eds.), *Het zwijgen van de Hoge Raad* (pp. 79-87). BW-krant jaarboek No. 25

Document status and date:

Published: 01/01/2009

Document Version:

Accepted author manuscript (Peer reviewed / editorial board version)

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

De Hoge Raad als Europese rechter: mag het ietsje meer zijn?

J.M. Smits en E.A. van Schagen

1 Inleiding

Het thema van dit vijftiengste BWKJ is het zwijgen van de Hoge Raad. Hoewel het woord zwijgen strikt genomen een neutrale betekenis heeft, begrijpen wij de term in verwijtende zin: waar zwijgt de Hoge Raad hoewel spreken, indien al niet verplicht, in elk geval beter is? Deze bijdrage behandelt die vraag voor de situatie waarin de Hoge Raad als Europese rechter optreedt. Zoals bekend is de Hoge Raad immers niet alleen rechter in de nationale rechtsorde, maar vervult hij ook een belangrijke rol als rechter van de Europese Unie¹ waar het gaat om de toepassing en handhaving van Europees recht. Naast die formele – grotendeels door het EG-verdrag en de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie bepaalde – rol is de Hoge Raad ook nog op een andere manier Europese rechter: hij is rechter *in Europa* en daarmee bij voorkeur niet ongevoelig voor de Europeanisering van het recht zoals die zich vooral het afgelopen decennium heeft gemanifesteerd. In het navolgende wordt op beide aspecten ingegaan: paragraaf 2 is gewijd aan de wijze waarop de Hoge Raad zijn rol als rechter *van* de Europese Unie vervult (en zich met name kwijt van zijn taak nationaal recht richtlijnconform te interpreteren) en paragraaf 3 aan de meer algemene vraag of hij zich voldoende bewust is van zijn rol *in* de Europese Unie, dus in een snel internationaliserende samenleving. Paragraaf 4 bevat enkele conclusies.

2 De Hoge Raad als gemeenschapsrechter: richtlijnconforme uitleg

Zoals bekend zijn nationale rechters (zoals de Nederlandse Hoge Raad) belangrijke organen binnen de Europese Unie: zij vervullen een essentiële rol bij het handhaven van Europees recht. Dat betekent niet alleen dat zij Europees recht dat directe werking heeft moeten toepassen en zo nodig de Staat aansprakelijk moeten houden voor onjuiste of te late implementatie van richtlijnen, het betekent ook dat zij nationaal recht conform Europees recht moeten uitleggen, ongeacht of dat recht voortvloeit uit (bijvoorbeeld) het EG-Verdrag² of uit richtlijnen. De vraag die ons in deze paragraaf bezighoudt is hoe de

· Prof. mr. J.M. (Jan) Smits is hoogleraar Europees privaatrecht en rechtsvergelijking aan de Universiteit van Tilburg (TICOM), onderzoekshoogleraar *Comparative Legal Studies* aan de Universiteit van Helsinki en oud-redacteur van het BW-krant Jaarboek. Mr. E.A. (Esther) van Schagen is assistent-in-opleiding aan de Universiteit van Tilburg (TICOM).

¹ Hieronder wordt ook de term ‘gemeenschapsrechter’ gebruikt.

² Zie voor verdragsconforme interpretatie bijv. HvJ EG 4 februari 1988, 157/86 (Murphy) en Asser/Hartkamp 3-I, 2008, no. 79.

Hoge Raad deze plicht tot richtlijnconforme interpretatie opvat en of hij hieraan niet een andere invulling zou moeten geven.

De plicht tot richtlijnconforme interpretatie vloeit direct voort uit art. 10 jo. art. 249 EG-Verdrag, maar is ook los daarvan inherent aan het systeem van het Verdrag.³ Dit betekent dat de nationale rechter niet alleen de omzettingwetgeving,⁴ maar ook het al eerder bestaande (of later tot stand gekomen) recht⁵ moet uitleggen in het licht van de bewoordingen en de strekking van de richtlijn.⁶ Art. 10 EG-Verdrag brengt bovendien mee dat deze plicht een inspanningsverplichting van de nationale rechter behelst: hij moet actief op zoek naar methoden om het recht zoveel mogelijk richtlijnconform te interpreteren.⁷

Het is duidelijk dat de plicht tot richtlijnconforme interpretatie door EG-Verdrag en Europees Hof zodanig algemeen is geformuleerd dat de nationale rechter ruimte heeft voor een eigen invulling.⁸ Naar ons oordeel getuigt de invulling die de Hoge Raad aan de plicht geeft te weinig van een waarlijk Europese houding: hij houdt te veel vast aan de traditionele nationale uitlegmethode waar hij recht ook in het licht van een richtlijn kan uitleggen. Bovendien is het gebruik van de richtlijnconforme uitleg weinig consistent: de rechtspraak vertoont geen heldere lijn. Ten slotte getuigt de houding van de Hoge Raad ook niet van de wens om te rade te gaan bij buitenlandse collega's. Deze drie punten worden hier nader verklaard.

In de eerste plaats valt op dat de Hoge Raad in een aantal gevallen waarin hij richtlijnconform interpreteert zeer de nadruk legt op de opvatting van de Nederlandse wetgever over de betekenis van het geïmplementeerde recht. Zoals al aangegeven zien wij in art. 10 EG-Verdrag een plicht voor de rechter om actief op zoek te gaan naar manieren om richtlijnconform te interpreteren. Dat de keuze van andere interpretatiemethoden daardoor beperkt kan worden bleek reeds in *Marleasing*,⁹ en ook in *Pfeiffer*¹⁰ oordeelde het Hof van Justitie uitdrukkelijk dat de nationale rechter binnen de grenzen van het nationale recht de interpretatiemethode moet gebruiken die leidt tot een richtlijnconform resultaat. Met name relevant is echter de uitspraak in *Björnekulla*

³ HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/403 (Pfeiffer), waarover G. Betlem, 'Richtlijnconforme interpretatie', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse vermogensrecht, Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 2007, p. 105 die rept van conforme uitleg als een fundamenteel ongeschreven algemeen beginsel van gemeenschapsrecht.

⁴ HvJ EG 10 april 1984, 14/83 (Von Colson and Kamann).

⁵ HvJ EG 13 november 1990, C-106/89 (Marleasing), bevestigd door HvJ EG 13 juli 2000, C-456/98 (Centrosteele). W.-H. Roth, 'Die richtlinienkonforme Auslegung', in: K. Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, Berlin: De Gruyter 2006, p. 257.

⁶ Zie bijv. de recente overzichten bij G. Betlem 2007, p. 97 e.v., in Asser/Hartkamp 3-I, 2008, no. 142 e.v. en bij Roth 2006, p. 257.

⁷ Zie W. van Gerven, 'The horizontal effect of directive provisions revisited: the reality of catchwords', in: D. Curtin & T. Heukels (eds.), *Institutional Dynamics of European Integration*, Dordrecht: Nijhoff 1994, p. 346.

⁸ Zie voor de diverse mogelijkheden M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2001, p. 83 e.v.

⁹ HvJ EG 13 november 1990, C-106/89 (Marleasing), par. 12.

¹⁰ HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/403 (Pfeiffer), par. 116. Zie ook A-G Van Gerven in zijn conclusie voor HvJ EG 17 mei 1990, C-262/88 (Barber), no. 50, S. Prechal, *Directives in EC Law*, Oxford: OUP 2005, p. 199 en G. Betlem, 'The doctrine of consistent interpretation – Managing legal uncertainty', *OJLS* 2002, p. 401.

Fruktindustrier,¹¹ waarin het Hof overwoog dat nationaal recht nog steeds moet worden geïnterpreteerd in het licht van bewoordingen en strekking van de richtlijn, ook al zou een tegenovergestelde interpretatie voortvloeien uit de totstandkomingsgeschiedenis van de nationale implementatieregel. De opvatting van de nationale wetgever is dus niet bepalend¹² of – beter gezegd – de rechter moet ervan uitgaan dat de nationale wetgever de bedoeling had zijn implementatieverplichting volledig na te komen en dat kan tot een andere interpretatie van geïmplementeerd recht leiden dan de wetgever misschien voor ogen stond.¹³ Dit is belangrijk omdat de Hoge Raad bij richtlijnconforme interpretatie juist wél veel belang lijkt te hechten aan de wil van de wetgever¹⁴ en diens interpretatie van het geïmplementeerde recht. Met deze interpretatiemethode, waarbij wordt aangenomen dat het nationale recht overeenkomt met de richtlijn, wordt over het algemeen een richtlijnconform resultaat bereikt.¹⁵ Deze voorkeur van de Hoge Raad staat echter op gespannen voet met *Björnekulla Fruktindustrier*, zeker als de bedoeling van de wetgever verschilt met die van de richtlijn, zoals in *Asseldonk/Ter Schure*.¹⁶

De Hoge Raad is echter weinig consistent in deze voorkeur: soms refereert hij namelijk juist wel rechtstreeks aan een richtlijn bij de uitleg van nationaal recht.¹⁷ Dat was bijvoorbeeld het geval in *Lycos/Pessers*,¹⁸ waarin de Hoge Raad uitgebreid ingaat op het doel en de strekking van Richtlijn 2000/31 inzake elektronische handel en in *Upjohn/Van Ommeren*¹⁹ waarin de Hoge Raad voor de maatstaf voor productaansprakelijkheid anticipeert op Richtlijn 85/374. Ook in *Buyck/Van den Aamele*²⁰ en in *Assoud/SNS*²¹ refereerde de Hoge Raad bij interpretatie van het nationale recht rechtstreeks aan de relevante richtlijn. Dit maakt de koers van de Hoge Raad tot een zwabberende: de rol die de bedoeling van de wetgever speelt bij de richtlijnconforme uitleg is onduidelijk.

In de tweede plaats is de Hoge Raad in andere zaken erg terughoudend en gaat hij helemaal niet over tot richtlijnconforme interpretatie, hoewel daar wel aanleiding voor bestaat. Een zaak waarin de Hoge Raad bijvoorbeeld voorbij ging aan een ‘Europese’ betekenis van geïmplementeerd recht is *Delta Lloyd/Hartholt*,²² waarin de Europese

¹¹ HvJ EG 29 april 2004, C-371/02 (*Björnekulla Fruktindustrier*), par. 13.

¹² Roth 2006, p. 261.

¹³ HvJ EG 6 december 1993, C-334/92 (Wagner Miret).

¹⁴ Zie over de aanpak van de Hoge Raad Wissink 2001, p. 152 e.v. en de door hem genoemde jurisprudentie, alsmede HR 21 februari 2003, *NJ* 2004, 567 (Weevers Stous) en HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 408 (WRA/Oldenhoeck).

¹⁵ Wissink 2001, p. 154 e.v.

¹⁶ HR 20 oktober 1995, *NJ* 1996, 330 (*Asseldonk/Ter Schure*). In deze zaak concludeerde de Hoge Raad dat uit art. 5 lid 3 WGB duidelijk bleek dat de wetgever een uitzondering had gemaakt. Hoewel deze uitzondering waarschijnlijk niet overeenkwam met de richtlijn, mocht de Hoge Raad artikel 5 WGB niet buiten toepassing laten. Vgl. HR 25 oktober 1996, *NJ* 1997, 649 (*Pink Floyd Music c.s./Rigu Sound*) en de conclusie van A-G Van Gerven bij HvJ EG 13 november 1990, C-106/89 (*Marleasing*), pt. 20.

¹⁷ Vgl. P.J.G. Kapteyn, ‘Application and enforcement of Community law’, in: P.J.G. Kapteyn e.a. (eds.), *The law of the European Union and the European Communities*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 531.

¹⁸ HR 25 november 2005, *RvdW* 2005, 133 (*Lycos/Pessers*).

¹⁹ HR 30 juni 1989, *NJ* 1990, 652 (*Upjohn/Van Ommeren*). Vgl. HR 6 december 1996, *NJ* 1997, 219 (*Du Pont/Hermans*) en HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 159 (*Koolhaas e.a./Rockwool*).

²⁰ HR 29 december 1995, *NJ* 1996, 418 (*Buyck/Van den Aamele*). Vgl. Asser/Hartkamp 3-I, 2008, no. 145.

²¹ HR 19 september 1997, *NJ* 1998, 6 (*Assoud/SNS*).

²² HR 14 oktober 2005, *NJ* 2006, 117 (*Delta Lloyd/Hartholt*). Vgl. HR 3 oktober 2008, *NJ* 2009, 80 (*Achmea/Cobussen*).

achtergrond van art. 6:238 lid 2 BW niet naar voren komt. Dat gebeurde evenmin in *Consumentenbond/EnergieNed*,²³ hoewel in de conclusie van A-G Hartkamp art. 7 van Richtlijn 93/13 inzake oneerlijke bedingen wel werd genoemd. Ten slotte werd in *De Boer/TMF*²⁴ niet ingegaan op de Europese achtergrond van art. 6:194 BW, hoewel de conclusie van A-G Wuisman daar in sterke mate toe uitnodigde. Volgens A-G Wuisman heeft het Hof impliciet een maatstaf gehanteerd die overeenkomt met de maatstaf van het Hof van Justitie. De Hoge Raad volgt deze conclusie niet, en refereert niet aan de Europese achtergrond van artikel 6:194 BW, of Europese rechtspraak. In plaats daarvan volgt de Hoge Raad impliciet zijn eerdere oordeel in *Boterenbrood c.s./MeesPierson*.²⁵

Dit brengt ons op een derde punt: de Hoge Raad moet naar ons oordeel niet alleen vaker en consistentier richtlijnconform uitleggen, hij moet dat ook in sterkere mate *Europees* doen. Richtlijnconforme interpretatie is gebaseerd op de gedachte dat Europees recht moet doorwerken in de nationale rechtsorde met het doel van harmonisatie. Daaraan draagt niet alleen bij dat het Hof van Justitie Europees recht interpreteert, maar ook dat *nationale* rechters te rade gaan bij hoe hun collega's elders richtlijnen interpreteren. Inspiratie daarvoor kan worden ontleend aan andere internationale instrumenten waarin het vaak is aangewezen om de regeling op uniforme wijze te interpreteren en dus kennis te nemen van hoe parallelle jurisdicties de regeling hebben opgevat.²⁶ Een bekend voorbeeld hiervan is art. 7 lid 1 Weens Koopverdrag dat de rechter verplicht om bij de uitleg van het verdrag rekening te houden met het internationale karakter ervan en met de noodzaak eenvormigheid in de toepassing ervan te bevorderen. De gedachte die hieraan ten grondslag ligt geldt ook bij richtlijnconforme uitleg: te rade gaan bij buitenlandse hoogste rechters bevordert de totstandkoming van een werkelijk geharmoniseerd recht. Wat de Hoge Raad recent al deed bij de uitleg van het Geneefs Chequeverdrag²⁷ en van de Hague-Visby Rules²⁸ kan ook bij de uitleg van nationaal recht conform Europese richtlijnen.

Uit het voorafgaande blijkt dat de Hoge Raad geen vaste koers vaart bij de richtlijnconforme uitleg. Dat valt te betreuren. Juist een Hoge Raad die sterker wil inzetten op zijn taken van het bevorderen van rechtseenheid en rechtsontwikkeling – zoals bepleit door de Commissie Hammerstein²⁹ – zou een minder terughoudende én consistentier opstelling kunnen aannemen tegenover Europese richtlijnen.

²³ HR 16 maart 1997, *NJ* 2000, 1 (*Consumentenbond/EnergieNed*), pt. 10 van de conclusie van A-G Hartkamp. Vgl. HR 22 maart 1996, *NJ* 1996, 568 (*Mediasafe*), waarin de Hoge Raad in r.o. 3.5.2. eerst naar het nationale recht kijkt en daarna naar Europese wetgeving (in die zin eveneens A-G Mok in pt. 4.3.3. in zijn conclusie voor het arrest).

²⁴ HR 30 mei 2008, *RvdW* 2008, 565 (*De Boer/TMF*).

²⁵ HR 8 mei 1998, *NJ* 1998, 888, r.o. 3.4 (*Boterenbrood c.s./MeesPierson*).

²⁶ Vgl. A. Schwartze, 'Die Rechtsvergleichung', in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, Berlin: De Gruyter 2006, p. 88 en eerder E.H. Hondius, *Nieuwe methoden van privaatrechtelijke rechtsvinding en rechtsvorming in een Verenigd Europa*, rede KNAW, Amsterdam: KNAW 2000, p. 40.

²⁷ HR 19 september 2008, *NJ* 2009, 51 (*Windt/Truckland Zuid-Holland*).

²⁸ HR 1 februari 2008, *NJ* 2008, 505 (*Nile Dutch Africa Lijn c.s./Delta Lloyd c.s.*).

²⁹ Zie Commissie normstellende rol van de Hoge Raad, *Versterking van de cassatierechtspraak*, Den Haag 2008, waarover J.B.M. Vranken, 'Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: Talrijk, divers en soms vergaand', *NJB* 2009, p. 1082 e.v.

3 De Hoge Raad als rechter in Europa

Bekend is dat het Europese Hof van Justitie niet zelden tracht om beginselen te vinden die gemeenschappelijk zijn aan het recht van de lidstaten.³⁰ Het Hof heeft daar een goede reden voor: als het Hof Europees recht interpreteert op basis van art. 234 EG-Verdrag doet het dat om uniformiteit van interpretatie van dat recht te garanderen. Dat is zonder rechtsvergelijkend onderzoek misschien wel mogelijk (bij interpretatie van een richtlijn wordt immers vooral gekeken naar het *doel* dat er mee wordt nagestreefd), maar het Hof realiseert zich dat rechtsvergelijkend onderzoek wel degelijk nuttig is. Een pregnante formulering daarvan gaf het Hof in 1982 toen het zei:³¹

‘Het gemeenschapsrecht, dat voortkomt uit een niet slechts economische, maar ook juridische vervlechting van de lidstaten, moet rekening houden met de beginselen en begrippen die de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben.’

Dat heeft een algemener strekking dan art. 288 lid 2 EG-Verdrag, dat enkel voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de EG verwijst naar de ‘algemene beginselen welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben.’ Dit betekent (helaas) niet dat het Hof vaak expliciet verwijst naar rechtsvergelijkend materiaal,³² maar zeker is dat het op de achtergrond (en vooral via de conclusies van de Advocaten-Generaal) een belangrijke rol vervult.

De vraag is of een dergelijke ‘Europese’ houding ook van de nationale rechters (en in het bijzonder van de hoogste rechters) kan worden verwacht: zou de Hoge Raad in de huidige, sterk internationaal georiënteerde, samenleving zich niet als een waarlijk Europese rechter moeten profileren en daarom, bij het uitoefenen van zijn rechtsvormende taak, in sterke mate inspiratie moeten putten uit de op het terrein van het privaatrecht inmiddels in overvloed aanwezige Europese beginselen³³ en uit buitenlands recht?

Het is niet moeilijk om vast te stellen dat de Hoge Raad dit tot nu toe slechts in zeer beperkte mate doet.³⁴ Men zou verwachten dat name de publicatie van diverse sets van Europese beginselen (en vooral van de *Principles of European Contract Law*) een belangrijke impuls zou hebben gegeven aan een meer internationale stijl van redeneren, maar dit blijkt niet het geval. Dat is met name jammer omdat uit de rechtspraak van de

³⁰ Zie het overzicht bij J.M. Smits, ‘Comparative law and European private law’, in: C. Twigg-Flesner (ed.), *Cambridge Companion to EU Private Law*, Cambridge: CUP 2009 (te verschijnen).

³¹ HvJ EG 18 mei 1982, 155/79 (AM & S/Commissie), Jur. 1982, 1575. Recent verwees het Hof naar ‘algemene beginselen van het burgerlijk recht’: HvJ EG 10 april 2008, C-412/06 (Hamilton/Volksbank Filder), par. 42.

³² Bijv. niet in de voor interpretatie van richtlijnen belangrijke zaken 4581/99 (Heininger v. Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG), [2001], Jur. I-9945 en 168/00 (Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH), [2002] Jur. I-2631.

³³ Naast de *Principles of European Contract Law* (PECL), *Principles of European Tort Law* (PETL), *Principles of European Trust Law* en *Principles of European Family Law* bevat ook het Ontwerp-Gemeenschappelijk Referentiekader voor een Europees Privaatrecht beginselen en modelregels.

³⁴ De nog altijd bekendste zaak is waarschijnlijk HR 21 mei 1943, *NJ* 1943, 455 (Van Kreuningen/Bessem). Zie verder het overzicht bij U. Drobnig & J. van Erp (eds.), *The Use of Comparative Law by Courts*, Boston: Kluwer 1998 en recent Vranken 2009, p. 1088, die de Hoge Raad wat dit betreft in de Europese ‘achterhoede’ plaatst.

Hoge Raad zelf blijkt hoezeer hij baat had gehad bij raadpleging van de PECL. Onder meer in gevallen waarin het ging om toerekening van wetenschap,³⁵ uitleg van de overeenkomst,³⁶ het uitoefenen van het recht op ontbinding,³⁷ de mededelingsplicht van de franchisegever³⁸ en de noodzaak van een ingebrekestelling³⁹ had de Hoge Raad de eigen argumentatie sterker kunnen maken door te rade te gaan bij Europese of internationale beginselen.

Deze terughoudendheid moet worden bekritiseerd.⁴⁰ Er zijn twee redenen waarom het legitiem is voor de hoogste nationale rechter om inspiratie buiten het eigen rechtsstelsel te zoeken.⁴¹ In de eerste plaats is er het argument dat ook de hoogste nationale rechters in Europa dienen bij te dragen aan Europese harmonisatie en dat rechtsvergelijkende inspiratie door wetgever en rechter daarbij helpt. De voormalige President van het Duitse *Bundesgerichtshof* Walter Odersky schreef terecht dat⁴² ‘the national court is entitled to take note of the fact that a particular solution is conducive to the harmonisation of European law (...) It is an argument that he should use with increasing frequency as the integration of Europe proceeds.’ Dit is een sterk argument: het past bij de gedachte dat Europese harmonisatie vooral *van onderop* dient te geschieden en niet op centralistische wijze moet worden ingevoerd door enige Europese of nationale wetgever.

Er is nog een tweede reden waarom het legitiem is in een nationale context naar buitenlands recht te verwijzen. Elk rechtssysteem heeft als doel om tot de beste uitkomsten te komen en het ligt voor de hand dat het ene stelsel daar beter in slaagt dan het andere. Het is dan zinvol om te rade te gaan bij elders bereikte oplossingen. Het is uiteraard dan niet buitenlands recht dat *stricto sensu* wordt toegepast, maar enkel het zoeken van een relevant *argument* en de wijze waarop dat elders is uitgewerkt dat als inspiratiebron dient.⁴³

Een voor de hand liggend argument dat tegen het hier bepleite kan worden ingebracht is dat de gewone rechter zich de luxe⁴⁴ van rechtsvergelijkende inspiratie niet kan veroorloven. Dit argument kan niet worden aanvaard. Nog afgezien van het feit dat het hier niet werkelijk gaat om een luxe – kennis nemen van ervaringen elders kan de kwaliteit van de uitspraak immers bevorderen – wordt de juistheid van dit argument gelogenstraft door de praktijk in sommige andere Europese landen.⁴⁵ Met name in zaken

³⁵ HR 11 november 2005, *NJ* 2007, 231 (Ontvanger/V.): art. 1:305 PECL.

³⁶ HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 576 (Derksen/Homburg): art. 5:102 en 2:105 PECL.

³⁷ HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562 (Mol c.s./Meijer Beheer): art. 8:103 PECL.

³⁸ HR 25 januari 2002, *NJ* 2003, 31 (Paalman/Lampenier): de Unidroit Model Franchise Disclosure Law.

³⁹ HR 11 januari 2002, *NJ* 2003, 255 (Schwarz/Gnjatovic): de PECL kennen geen verplichte ingebrekestelling.

⁴⁰ De grote Europese propagandist van meer gebruik van rechtsvergelijking door de nationale rechter is zonder twijfel Basil Markesinis. Zie bijv. B. Markesinis, ‘Comparative Law in Search of an Audience’, *MLR* 53 (1990), p. 1 e.v.

⁴¹ Zie voor het navolgende J.M. Smits, ‘Comparative Law and its Influence on National Legal Systems’, in: M. Reimann & R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: OUP 2006, p. 513 e.v.

⁴² W. Odersky, ‘Harmonisierende Auslegung und europäische Rechtskultur’, *ZEuP* 1994, p. 1 e.v.

⁴³ Zie H.P. Glenn, ‘Persuasive Authority’, *McGill LJ* 32 (1997), 261 e.v. en Markesinis, 1990, 1 e.v.

⁴⁴ Zie N.S. Marsh, ‘Comparative Law and Law Reform’, *RabelsZ* 41 (1977), p. 655.

⁴⁵ Zie bijv. G. Canivet, M. Andenas & D. Fairgrieve (eds.), *Comparative Law before the Courts*, London 2004.

waarin een oplossing niet onmiddellijk uit het eigen recht volgt, blijken buitenlandse hoogste rechters regelmatig inspiratie elders te zoeken. Zo ontleenden in Duitsland zowel de hoogste civiele rechter als het *Bundesverfassungsgericht* inspiratie aan buitenlandse bronnen toen zij de vraag moesten beantwoorden of smartengeld kon worden gevorderd in geval van inbreuk op de persoonlijke levenssfeer.⁴⁶ In de jaren '80 en '90 dienden veel hoogste rechters in Europa te oordelen over gevallen van *wrongful birth* en *wrongful life* en dat deden zij vrijwel steeds met verwijzing naar rechtspraak van hun buitenlandse collega's.⁴⁷

Het fraaiste voorbeeld biedt echter het Engelse recht. Sinds de jaren negentig – een periode die door Lord Bingham werd omschreven als ‘the time when England (...) ceased to be a legal island’⁴⁸ – vertrouwen de *House of Lords* en lagere rechters regelmatig op in continentaal Europa (met name Duitsland) besliste zaken. Zo werd in *Greatorex v. Greatorex*⁴⁹ een vordering tot vergoeding van psychische schade toegewezen op basis van argumenten die aan een soortgelijke Duitse zaak waren ontleend. In *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services*⁵⁰ werden de reguliere regels over causaal verband niet toegepast in een geval waarin het slachtoffer aan asbest was blootgesteld, maar niet kon bewijzen bij welke van zijn voormalige werkgevers. Naast verwijzing naar andere *common law*-jurisdicties haalde de *House of Lords* rechtspraak uit Duitsland, Noorwegen, Frankrijk en Nederland aan. Eigen onderzoek behoefde de rechter ook slechts in beperkte mate te doen: kennisname van buitenlands recht vindt doorgaans plaats door het ‘filter’⁵¹ van de literatuur. Zo verwees de rechter in de *wrongful birth*-zaak *McFarlane v. Tayside Health Board*⁵² naar de continentale rechtspraak die kenbaar was uit het *Ius Commune Casebook on Tort Law*⁵³ en andere literatuur. Bovendien hebben de hoogste rechters via het ‘Network of the Presidents of the Supreme Judicial Courts of the Member States of the European Union’ inmiddels toegang tot databases van nationale rechtspraak.⁵⁴

Wij pleiten er voor dat de Hoge Raad het voorbeeld van zijn buitenlandse collega's volgt. Wederom geldt dat indien de Hoge Raad zich inderdaad in sterkere mate gaat richten op het bevorderen van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling – zoals bepleit in het rapport van de Commissie Hammerstein⁵⁵ – meer aandacht voor Europeanisering van recht daar een onlosmakelijk onderdeel van is.⁵⁶ Het argument dat de Advocaat-Generaal al verwijst naar rechtsvergelijkend materiaal gaat niet op: het is zeker

⁴⁶ BGH 5 maart 1963, *BGHZ* 39, 124 en BVerfG 14 februari 1973, *BVerfGE* 34, 269.

⁴⁷ Zie het overzicht van rechtspraak bij W. van Gerven e.a. (eds.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, Oxford: Hart 2000, p. 114 e.v.; een overzicht van rechtspraak in de common law-landen is te vinden in High Court of Australia in *Cattanach v. Melchior*, [2003] HCA 38.

⁴⁸ T.H. Bingham, ‘“There is a World Elsewhere”: the Changing Perspectives of English Law’, *ICLQ* 41 (1992), p. 514. Het keerpunt is *White and Carter v. McGregor* [1962] AC 413.

⁴⁹ [2000] 1 *WLR* 1970.

⁵⁰ [2003] 1 *AC* 32.

⁵¹ Zie B. Grossfeld, ‘Vom Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht’, *AcP* 184 (1984), p. 295.

⁵² 2000 SC (HL) 1.

⁵³ W. van Gerven e.a. 2000; de verwijzing was naar een eerder (in 1998) verschenen gedeelte van dit werk.

⁵⁴ Zie <<http://www.network-presidents.eu>>.

⁵⁵ Commissie normstellende rol van de Hoge Raad, *Versterking van de cassatierechtspraak*, Den Haag 2008, p. 9.

⁵⁶ Zoals de Commissie zelf overigens ook bepleit (2008, p. 9-10).

waarschijnlijk dat de rechter daardoor wordt beïnvloed, maar er valt veel voor te zeggen dat dit ook expliciet blijkt.

4 Ten slotte

In het voorafgaande is ingegaan op twee aspecten van de Europese rol van de Hoge Raad. Enerzijds is gezien hoe hij als gemeenschapsrechter het Nederlandse recht richtlijnconform uitlegt en anderzijds hoe hij zijn rol als rechter *in* Europa invult. Op beide vlakken zijn we kritisch. De Hoge Raad legt veel nadruk op de opvatting van de wetgever bij interpretatie van geïmplementeerd recht, maar doet dat vervolgens niet steeds op consistente wijze. Bovendien blijkt de Hoge Raad niet steeds gebruik te maken van richtlijnconforme interpretatie waar dat wel kan. Hij zou daarom meer uitleg moeten geven over welke rol richtlijnconforme interpretatie naar Nederlands recht nu precies heeft te spelen. Een actievere rol van de Hoge Raad willen wij ook bepleiten als het gaat om het ontlenen van inspiratie aan Europese beginselen en buitenlands recht: daar loopt de Hoge Raad inmiddels uit de pas met andere hoogste rechters in Europa. De Hoge Raad als Europese rechter: het mag ietsje meer zijn.